

## ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

## III. Les nouvelles règles relatives à la négociation et aux IRP

## Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises

par Alexandre FABRE, Professeur à l'Université d'Artois

## PLAN

## I. L'absence d'atteinte au principe de participation

- A. Le principe d'une participation directe des salariés
- B. Les garanties d'une participation directe des travailleurs

## II. La possible atteinte au principe d'égalité

- A. Une dénonciation inégalitaire
- B. Une QPC prometteuse ?

**Quel paradoxe : c'est dans l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective que l'on trouve le mécanisme le plus contraire à l'idée même de négociation collective... (1) Dans le but de « favoriser le dialogue social » (2) dans les très petites entreprises (TPE), l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a prévu des « modalités de ratification des accords ». Voilà qui en dit long sur le changement opéré : en mettant l'accent sur les conditions d'adoption de l'acte juridique – la ratification de l'accord collectif – les pouvoirs publics tournent désespérément le dos à ce processus particulier de création de normes qui a longtemps prévalu en droit du travail – la négociation collective. Qu'importe le flacon, pourvu qu'on ait l'ivresse...**

**Car de « négociation collective » passant par l'intermédiaire de délégués, il n'est désormais plus question dans les TPE :**

- pas de négociation avec des délégués syndicaux ; et pour cause, leur absence est la condition première d'application du régime (3) ;
- pas de négociation avec le comité social et économique (CSE) ; il n'y en a pas non plus, soit parce que l'on se trouve en dessous du seuil de mise en place (11 salariés), soit parce qu'en dépit du franchissement du seuil (jusqu'à 20 salariés), l'organisation de l'élection n'a pas eu lieu ou s'est soldée par une carence de candidat ;
- pas de négociation avec un salarié mandaté ; c'était pourtant la seule voie possible sous l'empire de la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel, ainsi que dans les entreprises de moins de onze salariés » (4).

Plutôt qu'une « négociation collective » supposant l'intervention de représentants des salariés, les pouvoirs publics ont mis en place un mécanisme permettant la conversion d'un acte unilatéral en accord collectif. Ainsi, dans les entreprises de moins de 11 salariés (ou entre 11 et 20, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique (5)), « l'employeur

peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code » (6). Cela ressemble étrangement à la conclusion d'un contrat d'adhésion (7). L'employeur rédige unilatéralement un document que les salariés sont invités à approuver dans le cadre d'un referendum qui ne

(1) M.-L. Morin, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. Ouv. octobre 2017, p. 590 ; P. Adam, « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, Sem. Soc. Lamy, n°1790, suppl. du 13 novembre 2017, p. 52 ; F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. Soc. 2017, p. 1033 ; I. Tarraud, « La négociation dans les TPE depuis les ordonnances Macron », Dr. Ouv. 2018, p. 292.

(2) Selon l'expression choisie par la ministre du Travail lors de la conférence de presse organisée le 31 août 2017 pour présenter les ordonnances.

(3) Les règles étudiées font partie d'un ensemble plus vaste regroupant les « modalités de négociation dans les entreprises dépourvues

de délégué syndical ou de conseil d'entreprise ». Notons que la référence au conseil d'entreprise est ici superflue puisqu'il n'y a pas d'obligation d'élire un conseil social et économique, seul susceptible d'évoluer en conseil d'entreprise, dans les entreprises de moins de 11 salariés...

(4) Anc. art. L. 2232-24, C. trav.

(5) Cette extension est prévue par l'article L. 2232-23, C. trav. De façon étonnante, elle n'est pas conditionnée à l'établissement préalable d'un procès-verbal de carence.

(6) Art. L. 2232-21, C. trav.

(7) V. également en ce sens, Y. Pagnerre et K. Pagani, *Le Vade-mecum des ordonnances "Macron"*, Gualino, 2018, pp. 205-206 ; F. Canut, préc.

dit pas son nom (8). Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une assimilation légale, avec toute la part de fiction que cela comporte. En somme, l'assentiment des salariés ne fait que donner une portée collective à un acte par essence unilatéral (9), consacrant ainsi une nouvelle espèce au genre des « *actes unilatéraux à destination collective* » (10). En contrepartie, deux – maigres – garanties sont prévues. D'une part, une « *consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord* » (11). D'autre part, le projet d'accord ou d'avenant de révision « *est considéré comme un accord d'entreprise valide* » lorsqu'il « *est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel* » (12). Information individuelle et majorité renforcée, telles sont les garanties envisagées (13)...

Celles-ci ne doivent pas, pour autant, masquer l'essentiel : dans les TPE, il est désormais possible de conclure des accords collectifs sans négociation préalable avec des représentants des salariés. Ce nouveau droit de la « *négociation (collective) sans négociation* » (14) n'a pas manqué d'être contesté sur le plan constitutionnel. Ses détracteurs y voyaient une atteinte au principe de participation affirmé par le Préambule de la Constitution de 1946. Il faut dire que la lettre de l'alinéa 8, qui fait expressément référence à « *l'intermédiaire de [...] délégués* », pouvait leur donner quelque espoir. C'était sans compter, toutefois, sur la clémence du Conseil constitutionnel, qui a finalement écarté la critique d'un revers de main dans sa décision du 21 mars 2018 (15). La réponse apportée n'est cependant pas à la hauteur de la question (I).

Le débat constitutionnel pourrait néanmoins rebondir sur un tout autre plan. Le régime mis en place prévoit que l'employeur comme les salariés (à la majorité des 2/3, toutefois) peuvent dénoncer l'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu. Sans que l'on n'en comprenne les raisons, cette faculté n'obéit pas aux mêmes conditions : alors que l'employeur est libre de dénoncer l'accord quand il l'entend, les salariés ne sont autorisés à le faire « *que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord* » (16). Cette condition introduit une différence de traitement qui paraît condamnable au nom du principe d'égalité devant la loi (II).

Le débat constitutionnel pourrait néanmoins rebondir sur un tout autre plan. Le régime mis en place prévoit que l'employeur comme les salariés (à la majorité des 2/3, toutefois) peuvent dénoncer l'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu. Sans que l'on n'en comprenne les raisons, cette faculté n'obéit pas aux mêmes conditions : alors que l'employeur est libre de dénoncer l'accord quand il l'entend, les salariés ne sont autorisés à le faire « *que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord* » (16). Cette condition introduit une différence de traitement qui paraît condamnable au nom du principe d'égalité devant la loi (II).

## I. L'absence d'atteinte au principe de participation

Aux termes de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le statut conventionnel de cet énoncé normatif est relativement modeste (17). Schématiquement, on peut dire que le principe dit de

participation n'a pas d'autorité propre ; son respect s'impose seulement lorsque le législateur exerce les compétences que lui attribue l'article 34 de la Constitution (18). Le Conseil constitutionnel exprime cette idée depuis 1977 (19). Aux termes de la formulation la plus récente : « *il appartient au législateur de déterminer les conditions et garanties de mise en œuvre du*

(8) Reste à savoir si l'on est en présence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110, al. 2, du Code civil : « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Toute la question est de savoir si « *les conditions générales* » sont « *soustraites à la négociation* ». Dans l'affirmative, les salariés pourront se prévaloir des règles protectrices instituées par le Code civil : interprétation des clauses ambiguës au détriment de celui qui l'a proposé (art. 1190, C. civ.), élimination des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. 1171 C. civ.). Certains auteurs estiment néanmoins que les salariés ne pourraient pas revendiquer la qualification de contrat d'adhésion, faute d'être collectivement « *partie* » à l'accord (Y. Pagnerre et K. Pagani, préc.).

(9) En ce sens, Y. Pagnerre et K. Pagani, préc., qui utilisent une formule « *choc* » : « *Faux "accord collectif", vrai "acte unilatéral"* ». P. Adam, préc., se montre moins catégorique : « *Et l'on peut redouter que dans nombre de situations, l'accord ratifié ne soit que masque juridique, déguisement, de la décision de l'employeur* ».

(10) Pour reprendre la catégorie proposée par S. Jean dans sa thèse « *L'acte unilatéral de l'employeur* », thèse Paris-1 Panthéon-Sorbonne, dir. F. Gaudu, 1999.

(11) Art. L. 2232-21, C. trav.

(12) Art. L. 2232-22, C. trav.

(13) Précisons que les conditions de la consultation – au sens de vote – ont été précisées par le décret n°2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises. Sur ces règles, v. B. Teysse, « *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux* », JCP S 2018, 1112.

(14) Pour reprendre l'éclairante formule de P. Adam (préc.), qui parle également d'« *accord collectif non négocié* ».

(15) V. les auteurs cités dans la n. n° 1.

(16) Art. L. 2232-22, al. 5, C. trav.

(17) Sur l'explication historique du compromis adopté en 1946, V. Bernaud, « *La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions* » Dr. Soc. 2015, p. 960.

(18) Pour une présentation plus fine de la portée constitutionnelle du principe de participation, v. I. Odoul-Asorey, « *Principe de participation des travailleurs et droit du travail* », Dr. Soc. 2014, p. 356 ; du même auteur, « *le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel* », Dr. Ouv. 2016, p. 426.

(19) Décision n°77-79 DC du 5 juillet 1977, cons. 3. En 1993, le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence une première fois en ajoutant les « *garanties* » aux « *conditions de mise en œuvre* » (Décision n°93-328 DC du 16 décembre 1993, cons. 3).

*principe de participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (20).

Ainsi compris, le principe de participation pouvait fonder deux critiques à l'encontre du dispositif étudié. D'une part, l'incise « *par l'intermédiaire de ses délégués* » permettait de soutenir que le législateur avait méconnu l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 en instituant une consultation directe des salariés. D'autre part, si, par extraordinaire, le principe de participation devait permettre un tel procédé, il était permis de s'interroger sur la pertinence des garanties mises en place.

## **A. Le principe d'une participation directe des salariés**

Pour comprendre les termes du débat, un rapide rappel historique s'impose. Il faut se souvenir que la première question à s'être posée était de savoir si l'employeur pouvait négocier un accord collectif avec d'autres représentants des salariés que des délégués syndicaux. Nous étions en 1996. À l'époque, dans le sillage d'un accord national interprofessionnel, le législateur avait admis, à titre expérimental, la possibilité de prévoir, par accord de branche étendu, des modalités de négociation dérogatoires dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégués syndicaux. Les branches avaient le choix entre deux catégories d'agents : soit les élus du personnel, soit un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative (21). Les requérants y avaient vu une atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation.

Dans sa célèbre décision du 6 novembre 1996 (22), le Conseil constitutionnel a rejeté les deux griefs. Après avoir rappelé les termes des alinéa 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, il énonce que « *si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* » (cons. 8). Il en conclut que « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermi-*

*nation collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* » (*ibid.*).

De ce principe, deux conséquences fondamentales peuvent être déduites. D'une part, les syndicats ne sont pas les seuls agents de la négociation collective ; il est possible de faire appel à d'autres salariés lorsque les syndicats sont absents de l'entreprise. Il s'agit de subsidiarité et non de concurrence. D'autre part, ces autres salariés sont choisis en leur qualité de délégués soit parce qu'ils ont été élus par les salariés pour siéger au comité d'entreprise ou en qualité de délégués du personnel, soit parce qu'ils ont été mandatés par une organisation syndicale représentative.

Il ne s'agit pas de faire dire au Conseil constitutionnel ce qu'il ne dit pas, car la question ne se posait pas en ces termes ; pour autant, il est à noter que la décision souligne la qualité de ces agents potentiels de négociation : il s'agit de représentants des salariés, quel que soit le mode de désignation (élection ou mandatement). À ce titre, on peut voir en eux les dépositaires de l'intérêt collectif. Il est clair que ces éléments ont compté dans le raisonnement du Conseil constitutionnel à l'époque : c'est parce qu'il s'agissait de personnes agissant dans le cadre d'un mode de représentation, l'élection ou le mandat, que le principe de participation était respecté.

D'ailleurs, c'est dans le respect de cette conception que le législateur a introduit, par la suite, des possibilités de consultation directe des salariés. À l'exception de certains régimes spéciaux (23), il est manifeste que le referendum s'est imposé dans le but de renforcer l'intervention des représentants. L'idée était clairement de permettre aux salariés de se prononcer sur le résultat de l'intermédiation, de soumettre ce dernier à un test de légitimité : l'accord négocié et conclu par ces représentants trouvait-il grâce aux yeux des salariés ? C'est, par exemple, ce schéma traditionnel qui a longtemps prévalu, et qui prévaut encore, en matière de mandatement. Ainsi, pour pallier le manque de légitimité du mandant qui se trouve en dehors de l'entreprise, on propose aux salariés de valider l'accord dans le cadre d'un referendum (24). Franchissant un pallier, la loi « Travail » du 8 août 2016 a transposé ce raisonnement

(20) Décision n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017, cons. 14.

(21) Art. 6, loi du 12 novembre 1996.

(22) Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

(23) On pense bien sûr à la conclusion d'accord d'intéressement ou de participation (art. L. 3312-5, 4°, C. trav. et art. L. 3322-6, 4°, C. trav.) ou de dérogation au repos dominical sur un fondement géographique (art. L. 3132-25-3, C. trav.).

(24) Par exemple, dans les entreprises entre 11 (ou 21) et 49 salariés (L. 2232-231, C. trav.) ; pour les entreprises d'au moins 50 salariés (L. 2232-24, C. trav. pour les élus mandatés ; L. 2232-26, C. trav. pour les salariés mandatés).

à propos de véritables accords collectifs négociés et conclus par des syndicats représentatifs dans l'entreprise au cas, seulement, où les signataires ne feraient pas partie du camp des majoritaires (25).

De cette longue construction législative, il était possible de déduire :

- premièrement, que le principe de participation supposait la nécessaire intervention de représentants de salariés ;
- et, deuxièmement, que si une consultation directe des salariés pouvait être mise en place, c'était uniquement en complément de l'action de leurs représentants et non pour les supplanter.

La décision du Conseil constitutionnel du 7 septembre 2017 relative à la loi d'habilitation pouvait même laisser penser que cette thèse était partagée en haut lieu (26). Dans ce cadre, seule avait été critiquée la possibilité d'ouvrir à l'employeur le referendum d'entreprise institué par la loi « Travail » (qui ne l'avait prévue qu'au bénéfice des syndicats signataires). Pour les requérants, il s'agissait d'une atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation.

Le Conseil constitutionnel a rejeté le grief au motif que « les dispositions contestées concern[ai]ent seulement la validation d'un accord déjà conclu » (§ 21). Les deux adverbes utilisés (« seulement » et « déjà ») semblaient traduire une conception restrictive du recours au referendum. En extrapolant quelque peu, on pouvait se dire que la consultation directe des salariés n'était admissible qu'en tant que mode de validation d'un accord nécessairement conclu par des représentants des salariés. Nul doute que les opposants au nouveau dispositif prévu dans les TPE ont cru trouver là les prémices d'une future remise en cause par le Conseil constitutionnel (27).

D'autant que, en raison de l'incise « par l'intermédiaire de ses délégués », il était possible de soutenir que l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de

1946 s'opposait par principe à toute négociation directe (28). Sans compter qu'une telle conception de la négociation collective, supposant l'intervention d'intermédiaire(s), était également présente au niveau international (29).

Pour écarter le grief, le Conseil constitutionnel a préféré contourner l'obstacle en jouant sur les conditions d'application du principe de participation. Après avoir commencé par rappeler classiquement les termes des alinéas 6 (liberté syndicale) et 8 (principe de participation) du Préambule de la Constitution de 1946, il poursuit en reproduisant à l'identique le principe de solution de 1996 sur l'absence de « monopole » des syndicats, puis sa jurisprudence traditionnelle sur les conditions d'invocabilité du principe de participation.

Jusqu'à-là, tout laisse à penser que le Conseil suit un raisonnement orthodoxe. Mais l'originalité de la décision vient dans le paragraphe 7 : « en permettant, sous certaines conditions, à l'employeur, dans les entreprises employant jusqu'à vingt salariés, de proposer un projet d'accord collectif à la consultation du personnel, le législateur a souhaité développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises ».

On aurait souhaité que le Conseil se montre plus explicite, car c'est là, selon nous, que réside le cœur du raisonnement : si le législateur a pour obligation de « fixer les conditions de mise en œuvre du principe de participation », n'est-ce pas précisément ce qu'il fait en prévoyant un régime d'exception pour les TPE, où les représentants des salariés sont tendanciellement absents ? Il ne faut donc pas se laisser abuser par l'affirmation finale selon laquelle le régime mis en place n'est pas contraire au principe de participation. En vérité, s'il n'y a pas atteinte au principe de participation dans les TPE, c'est parce que ce dernier ne peut pas s'y appliquer de façon classique, par l'inter-

(25) Art. L. 2232-12, al. 2 et s., C. trav.

(26) Décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

(27) V. saisine des députés, pp. 5-6.

(28) M.-L. Morin, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. Ouv. octobre 2017, p. 590 : « la négociation collective suppose nécessairement la présence de représentants élus ou syndicaux, à l'exclusion de la négociation directe avec le personnel ». V. égal. le recours formé par la CFDT contre l'ordonnance n° 2017-1386 (qui, la ratification étant intervenue entre temps, est devenu sans objet) : « La négociation par l'intermédiaire de représentants est donc un élément structurel de la procédure de négociation collective, sans lequel il ne peut pas y avoir de négociation collective, au sens du principe de participation. Or, comme ne cesse de le rappeler l'organisation exposante, et comme il résulte de l'ensemble des

textes applicables, c'est bien l'intermédiation assurée au premier chef par des représentants syndicaux, formés et accompagnés par les organisations syndicales représentatives, qui garantit la correction du déséquilibre créé par le lien de subordination entre employeur et salarié. Pour le dire autrement, sans représentation, la négociation ne peut être ni loyale, ni équitable. Et tout ce qui contrevient – comme ici – à cette nécessité contrevient à ce principe ».

(29) V. not. la recommandation n°91 de l'OIT sur les conventions collectives (1951) : « Aux fins de la présente recommandation, on entend par « convention collective » tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité de la législation nationale » (2.1).

médiaire de délégués. La participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail peut alors y prendre la forme d'un simple vote d'approbation.

On pouvait objecter qu'en supprimant le mandat syndical, qui était la seule voie possible auparavant, le législateur avait néanmoins porté atteinte à la liberté syndicale. Précisément, ne pouvait-on pas y voir une mesure ayant « pour objet ou pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales représentatives », pour reprendre la limite posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1996 (30) et par le Comité de liberté syndicale de l'OIT (31) ?

Sur cette critique, la solution du Conseil constitutionnel est encore plus lapidaire. Au plus se borne-t-il à dire que les dispositions contestées ne portent pas atteinte à la liberté syndicale. Mais quel en est le raisonnement ? On croit comprendre que c'est, là encore, « l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier des accords » qui en fournit la principale explication. C'est un peu court, d'autant que ce constat n'avait pas empêché les législateurs précédents d'imposer le mandat syndical comme seul mode de négociation. Et s'il en avait été ainsi, c'était parce que le mandat d'un salarié par une organisation syndicale permettait à la fois de corriger le déséquilibre créé par le lien de subordination et de garantir la prise en compte de l'intérêt de la collectivité des salariés.

Au-delà, l'on regrettera que le Conseil Constitutionnel n'ait pas repris la formule qu'il utilise classiquement en cas d'évolutions législatives : « il est loisible au législateur, dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures, sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ». Mais cela aurait obligé le Conseil à mettre l'accent sur les garanties mises en place, ce qu'il a manifestement souhaité éviter...

(30) Décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996, préc. : Le Conseil a admis l'intervention d'autres agents de négociation à condition que celle-ci n'ait « ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives » (cons. 8).

(31) Le Comité de la liberté syndicale a indiqué que la recommandation n°91 sur les conventions collectives « met l'accent sur le rôle des organisations de travailleurs en tant qu'une des parties à la négociation collective. La négociation directe conduite entre l'entreprise et son personnel, en feignant d'ignorer les organisations représentatives existantes, peut, dans certains cas, être contraire au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs ». (290<sup>ème</sup> rapport, cas n°1612, cité par M.-L. Morin, préc.).

(32) V. par ex. décision n°93-328 DC du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation

## B. Les garanties d'une participation directe des travailleurs

À propos de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a coutume de dire qu'« il appartient au législateur de déterminer les conditions et garanties de mise en œuvre du principe de participation (32). Sans prétendre à l'exhaustivité, on rappellera que, concernant la participation à la détermination collective des conditions de travail, le Conseil constitutionnel a identifié plusieurs garanties, comme le fait que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires à la réalisation de leur mandat (33), et, lorsque la négociation est menée par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales représentatives, « la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur » (34), qui passe par l'attribution d'un statut protecteur.

Ces garanties sont toutefois inappropriées dans le cas présent, faute, pour l'employeur, de négocier avec un ou des représentant(s) des salariés. À la place, le législateur a prévu trois garanties :

- la communication du projet d'accord à chaque salarié (35) ;
- le respect d'un délai minimal de 15 jours courant entre la communication du projet et la consultation des salariés (36) ;
- l'exigence d'une majorité qualifiée des deux tiers du personnel (37) (38).

Ces garanties ont été critiquées par les requérants au motif qu'elles ne permettaient pas de s'assurer de l'existence d'une véritable « détermination collective des conditions de travail », au sens de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

D'abord, le régime donne à penser qu'il n'y a pas de possibilité de faire évoluer le projet de l'employeur, qu'il est à prendre ou à laisser : le propre d'un référendum. Or, parler de « détermination collective » n'implique-t-il pas qu'un échange, une discussion,

professionnelle, § 3 ; décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996, préc., § 9. Sur l'exigence de garanties nécessaires, v. I. Odoul Asorey, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », préc.

(33) Décision n°93-328 DC du 16 décembre 1993, préc., § 10. V. égal. décision n°2017-652 QPC du 4 août 2017, § 5.

(34) Décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996, préc., § 20.

(35) Art. L. 2232-21, C. trav.

(36) *Ibid.*

(37) Art. L. 2232-22, C. trav.

(38) Sur le modèle de l'accord d'intéressement (art. L. 3312-5, 4°, C. trav.) et de l'accord de participation (art. L. 3322-6, 4° C. trav.).

des pourparlers aient lieu entre l'employeur et la collectivité des salariés ? Le texte parle de consultation, mais ce mot est pris dans un sens particulier : il s'agit du vote d'approbation et non d'un quelconque débat. L'on rétorquera que, dans les petites entreprises, le dialogue est constant (39). Mais si cela est si évident, pourquoi ne pas avoir requis l'organisation d'une ou plusieurs réunions des salariés, hors la présence et en présence de l'employeur.

En outre, ne faudrait-il pas que les salariés puissent avoir accès aux informations nécessaires à la compréhension du projet d'accord ? D'autant que ces « modalités de ratification », loin d'être circonscrites à certaines situations favorables aux salariés (comme c'était le cas des accords d'intéressement et de participation jusque-là), sont aujourd'hui applicables à tout projet d'accord portant sur l'ensemble des domaines ouverts à la négociation d'entreprise. Or, les enjeux sont énormes : prévalence de l'accord d'entreprise dans tous les domaines non réservés à la convention de branche (40), possibilité de conclure des accords de performance collective (41) ou de rupture conventionnelle collective (42)... Les salariés seront-ils toujours en mesure de comprendre les conséquences de leurs choix ? On imagine que l'employeur fera preuve de pédagogie en expliquant les tenants et aboutissants de l'accord, au-delà de la seule communication du projet. Mais ce sera sa vérité (43). Où les salariés trouveront-ils les moyens de vérifier ces informations, de forger leur propre opinion ? La ministre du Travail a insisté à plusieurs reprises sur la possibilité, pour les salariés, de se rapprocher des organisations syndicales de la branche et de solliciter l'aide de l'observatoire départemental d'analyse et d'appui à la négociation collective (44). Dont acte. Mais pourquoi ne pas en avoir prévu le principe ? Car, sans caractère obligatoire, il est à craindre que les salariés n'y songent pas ou qu'ils ne puissent effectivement le faire dans le court délai de 15 jours. La proposition est, du reste, d'une mauvaise foi déconcertante : si le Gouvernement avait voulu permettre aux salariés de bénéficier de l'aide des syndicats, pourquoi a-t-il fait disparaître le mandatement syndical ? Enfin, ne faudrait-il pas protéger les salariés contre les mesures

de rétorsion que l'employeur serait susceptible de prendre à l'encontre de ceux qui manifesteraient des réticences, voire une opposition trop communicative ?

Le contraste est saisissant si l'on compare le régime mis en place avec celui encadrant la négociation dérogatoire dans les autres entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Ainsi, selon l'article L. 2232-29, la négociation entre l'employeur et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes :

- 1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ;
- 2° Élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ;
- 3° Concertation avec les salariés ;
- 4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche.

Rien de tout cela n'est prévu lorsque l'employeur propose un projet d'accord à la consultation directe des salariés, alors pourtant que l'on devrait trouver des garanties plus protectrices encore quand il n'y a pas de représentants élus ou mandatés. C'est bien tout le contraire : il y a moins de garanties !

Compte tenu de ces éléments, les requérants espéraient obtenir la censure des dispositions contestées en invoquant le grief d'incompétence négative : le législateur aurait méconnu l'article 34 de la Constitution en omettant de prévoir les garanties nécessaires à la mise en place d'une participation directe des travailleurs.

Sur ce point encore, le Conseil ne les a pas suivis. On peut même se demander s'il a véritablement exercé un contrôle des garanties. Certes, la décision rappelle la double exigence d'une information individuelle et d'un vote d'approbation à la majorité des 2/3. Cela pourrait laisser penser que le Conseil a pris en compte ces éléments pour exclure l'existence

(39) Une récente étude de la Dares conduit cependant à relativiser cette idée reçue : seuls 31 % des TPE employant 2 à 9 salariés déclarant avoir pris des dispositions sur au moins un des quatre thèmes suivants : salaires, emploi, conditions de travail et temps de travail, ont indiqué avoir associé collectivement les salariés aux prises de décisions (Dares résultats, *Le dialogue social dans les TPE en 2016*, mai 2018).

(40) Art. L. 2253-1 à 3 C. trav.

(41) Art. L. 2254-2 C. trav.

(42) Art. L. 1237-19 et s. C. trav.

(43) En ce sens, P. Adam, préc.

(44) Muriel Pénicaud, entretien, Sem. Soc. Lamy, n°1790, suppl. du 13 novembre 2017, p.7 : « La consultation ne pourra être organisée qu'après un délai 15 jours de sorte que les salariés pourront disposer d'un temps suffisant pour se rapprocher des organisations syndicales, leur employeur devant leur mettre à disposition, par tout moyen, les coordonnées des organisations syndicales représentatives dans leur branche d'activité, coordonnées qui seront disponibles sur le site du ministère du Travail. [...] J'entends que l'observatoire départemental d'analyse et d'appui à la négociation collective, au sein duquel seront représentées les organisations syndicales et professionnelles, joue un rôle d'écoute et d'appui qui est indispensable et je demanderai à mes services de s'impliquer fortement dans leur animation ».

d'une atteinte au principe de participation (45). Mais comment ne pas être troublé par l'absence même du terme « garanties » ? Alors que ce mot forme avec l'expression « *conditions de mise en œuvre* » les deux exigences qu'impose au législateur le principe de participation, il est ici incroyablement absent, le Conseil se bornant à affirmer qu'« *il appartient au législateur de fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Est-ce un hasard ? En ne faisant référence qu'aux conditions de mise en œuvre, on peut penser que le Conseil a voulu insister sur la nécessaire adaptation du principe de participation : le législateur pouvait tenir compte de l'absence de représentants des salariés dans les TPE

pour prévoir des modalités de conclusion des accords collectifs sans négociation préalable avec des intermédiaires. Mais cette adaptation du principe de participation dispensait-elle le législateur de prévoir toute garantie ? Nous ne le pensons pas. Alors pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il évité de parler de « garanties » ? Au risque de verser dans le procès d'intention, nous avons le sentiment qu'en taisant le mot, celui-ci a secrètement espéré cacher l'indigence des garanties prévues par le régime.

Les dispositions n'ayant pas été jugées contraires au principe de participation et à la liberté syndicale, l'on pourrait s'arrêter là. Sauf que l'une d'entre elles soulève un autre motif d'inconstitutionnalité sous l'angle du principe d'égalité.

## II. La possible atteinte au principe d'égalité

L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 s'était contentée de prévoir les conditions de conclusion d'un accord collectif dans les TPE. Cela trahissait bien l'obsession des pouvoirs publics : tout faire pour que la figure de l'accord collectif gagne ce nouveau territoire, qui lui était jusque-là plutôt rétif. L'accord à tout prix. Mais à trop vouloir créer un cadre favorable à la conclusion d'accords collectifs, le Gouvernement a oublié de s'intéresser à leur devenir. Car les accords ne sont pas éternels, y compris lorsqu'ils sont conclus à durée indéterminée : ce que les parties ont décidé de construire un jour, elles peuvent décider de le détruire le lendemain. C'est pourquoi la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances a élargi le régime à la révision et à la dénonciation de façon à le mettre en conformité avec la liberté contractuelle. Pour autant, les règles de dénonciation n'accordent pas une faculté identique à l'employeur et aux salariés. Si le premier peut dénoncer l'accord quand il l'entend, les seconds ne peuvent le faire que dans un temps limité, donnant ainsi matière à une possible question prioritaire de constitutionnalité.

### A. Une dénonciation inégalitaire

Dans les mois qui ont suivi la publication de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, chaque camp a fourbi ses armes dans la perspective de nouvelles batailles. Les contempteurs du nouveau régime applicable aux TPE ont immédiatement pensé

à invoquer le principe de participation. Mais, en y regardant de plus près, ils se sont également aperçu que le dispositif souffrait d'une lacune immense : aucune disposition ne prévoyait, ni n'encadrait la possibilité de dénoncer l'accord conclu dans les conditions dérogatoires exposées (46). Or, dans sa décision du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité (PACS) (47), le Conseil constitutionnel a fait de la rupture unilatérale de tout contrat à durée indéterminée un attribut nécessaire de la liberté contractuelle : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* » (cons. 61). En poussant plus loin l'analyse, on pouvait également constater l'absence de règles sur la révision (48).

Le fait que le régime ne prévoit pas de règles sur la dénonciation, ni sur la révision ne l'exposait pas pour autant à une censure certaine. En assimilant le projet d'accord à « *un accord d'entreprise (valide)* », le législateur ouvrait la voie à l'application du droit commun de l'accord collectif. Il suffisait alors de se reporter aux règles relatives à la dénonciation et à la révision...

Une incertitude demeurait toutefois : les règles de droit commun étaient-elles parfaitement transposables aux accords conclus dans les TPE ? Rien n'était moins sûr. Aurait-il été pertinent de distinguer selon

(45) Ce sentiment est renforcé par la lecture du commentaire de la décision par le Conseil lui-même, qui fait expressément référence à la notion de garanties.

(46) V. not. F. Canut, préc.

(47) Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité.

(48) F. Canut, préc.

que la révision intervient pendant ou en dehors du cycle électoral où l'accord avait été conclu ? Et que faire de la majorité renforcée des 2/3 du personnel ? C'est pourquoi on pouvait douter que le Conseil constitutionnel parvint à « sauver » le régime par une simple réserve d'interprétation consistant à faire application des règles de dénonciation et de révision de droit commun. Alerté du risque, le Gouvernement a préféré « sécuriser » le dispositif en prévoyant des règles spéciales dans la loi de ratification des ordonnances.

D'abord, toutes les règles initialement prévues pour les projets d'accord ont été réécrites pour s'appliquer aux « *avenants de révision* ». De sorte que le régime vaut aussi bien pour la conclusion que pour la révision d'accords. Par ailleurs, pour s'assurer d'une parfaite fongibilité des signataires, une disposition a été créée pour régir l'hypothèse où l'entreprise changerait de régime de conclusion des accords collectifs. Ainsi, « *les modalités de révision et de dénonciation prévues à l'article L. 2232-22 sont applicables aux accords collectifs, quelles qu'aient été les modalités de leur conclusion, lorsque l'entreprise vient à remplir postérieurement les conditions prévues aux articles L. 2232-21 et L. 2232-23* » (49). En d'autres termes, si une entreprise ayant déjà conclu un accord collectif avec des élus (mandatés ou non) ou, mieux, avec des délégués syndicaux devait passer en dessous des seuils de 11 ou de 20 salariés (sans élu), il lui serait possible de réviser ou de dénoncer cet accord dans les conditions applicables à sa nouvelle situation.

Ensuite, et surtout, la loi de ratification a inséré des règles spéciales de dénonciation qui figurent dans les derniers alinéas de l'article L. 2232-22 du Code du travail. Ces règles diffèrent toutefois selon que la dénonciation émane des salariés ou de l'employeur.

S'agissant de l'employeur, il est renvoyé au droit commun : « *l'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu peut être dénoncé à l'initiative de l'employeur dans les conditions prévues par l'accord ou, à défaut de stipulation expresse, par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13* ».

S'agissant des salariés, des conditions particulières sont posées : « *l'accord ou l'avenant de révision peut également être dénoncé à l'initiative des salariés dans les conditions prévues par l'accord ou, à défaut de stipulation expresse, par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13, sous réserve des dispositions suivantes* :

- *les salariés représentant les deux tiers du personnel notifient collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur ;*
- *la dénonciation à l'initiative des salariés ne peut*

*avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord* ».

Ces deux dispositions particulières ne suscitent pas la même désapprobation. Autant l'on comprend que la révision et la dénonciation ne soient possibles qu'à la même condition de majorité renforcée que la conclusion (parallélisme oblige), autant l'on peine à comprendre pourquoi les salariés seraient contraints de réviser ou de dénoncer les accords dans le mois qui précède la date anniversaire. Selon nous, il y a matière à une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement du principe d'égalité.

## B. Une QPC prometteuse ?

Le principe d'égalité fait l'objet d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel : « *en application de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

Cette jurisprudence oblige à répondre à une première question : salariés et employeurs sont-ils dans une situation différente par rapport à l'objet de la loi qui n'est autre, ici, que de permettre la dénonciation d'un accord ? Pour dire les choses franchement, on voit mal ce qui pourrait conduire à le penser, d'autant que le législateur les a placés sur un pied d'égalité s'agissant de la révision de l'accord. Dans cette dernière hypothèse, les salariés ne sont pas limités dans le temps pour engager le processus de révision... Pourquoi le seraient-ils, alors, en matière de dénonciation ? En plus de ce constat, qui suffit à lui seul à faire douter de la différence de situations, s'ajoute un argument d'inspiration civiliste. Si l'on considère que le droit de réviser comme celui de dénoncer l'accord trouvent leur fondement dans la liberté contractuelle, il faut alors admettre que la réciprocité est de mise. Sans aller jusqu'à soutenir que la collectivité des salariés acquiert la personnalité morale via cette possibilité de conclusion des accords par referendum, on peut néanmoins admettre que les salariés sont collectivement « partie » à l'accord (50). Or, à ce titre, ils ne peuvent être que dans la même situation que l'employeur.

Si l'on doit admettre qu'employeur et salariés sont placés dans une situation identique quant à la faculté de dénoncer un accord, encore faut-il s'assurer qu'il n'existe pas un motif d'intérêt général justifiant la différence de traitement. Là encore, on cherche vainement

(49) Art. L. 2232-22-1, C. trav.

(50) Contra. Y. Pagnerre et K. Pagani, préc. p. 206.

ce qui pourrait constituer une telle justification. Le législateur veut-il éviter aux TPE de subir les désagréments d'une dénonciation intempestive ? En limitant la période à laquelle les salariés peuvent remettre en cause l'accord, le législateur donnerait ainsi des gages de sécurité et de prévisibilité juridiques aux entreprises les plus fragiles. Sauf que cet argument ne tient pas. Du fait de l'application du droit commun de la dénonciation, il sera toujours nécessaire de respecter un préavis de 3 mois (51) au-delà duquel l'accord sera assuré de rester en vigueur pendant une période de 12 mois (52). On voit mal ce qui, dans ce régime, accentuerait la vulnérabilité des TPE...

À l'inverse, il est certain que les salariés peuvent être pénalisés par la réduction de la période de dénonciation de l'accord. Imaginons que ces derniers souhaitent remettre en cause un accord ne correspondant plus à leurs intérêts. S'ils ont laissé passer la période de dénonciation, il leur faudra continuer à l'appliquer jusqu'à la prochaine date anniversaire, sans être assurés d'être libérés immédiatement de leurs engagements du fait du délai de préavis et du délai de survie...

Aussi, si l'on devait admettre qu'employeur et salariés étaient dans une situation identique, il y aurait tout lieu de penser que la différence de traitement ainsi instituée ne reposerait sur aucun motif d'intérêt général.

Par conséquent, il n'est pas à exclure que la constitutionnalité de l'alinéa 5 de l'article L. 2232-22 du Code du travail puisse faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement du principe d'égalité devant la loi. Cette hypothèse est d'autant plus envisageable que la décision du 21 mars 2018, dans ses motifs comme dans son dispositif, déclare conformes les seuls articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du Code du travail. Ce serait, convenons-en, une bien modeste victoire, à côté de la validation par le Conseil constitutionnel du reste du régime. Car le mal est fait : le principe de participation ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord collectif sans négociation collective !

**Alexandre Fabre**

(51) Renvoi à l'article L. 2261-9, C. trav.

(52) Renvoi à l'article L. 2261-10, C. trav.



Éditions Gualino  
Avril 2018  
ISBN : 978-2-297-06729-4  
156 pages - 21 euros

## DROIT DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL

par Maryse Badel, Alexandre Charbonneau et Loïc Lerouge

Au cœur de l'actualité, la santé et la sécurité au travail (prévention des risques psychosociaux, protection des apprentis...) constituent une préoccupation forte de tous les acteurs du monde de l'entreprise. L'employeur ne peut en faire l'impasse.

L'ouvrage permet de maîtriser les règles essentielles à la compréhension du droit de la santé et de la sécurité au travail et de saisir leurs principaux enjeux. Il aborde dans sa première partie la prévention des risques relatifs à la santé et à la sécurité au travail à partir de ses sources normatives, des acteurs impliqués et de ses modalités de mise en œuvre. La seconde partie traite de la réparation des atteintes à la santé des travailleurs en identifiant les risques professionnels et en clarifiant les régimes de responsabilité qui peuvent être mobilisés au soutien de l'indemnisation des victimes.

L'ouvrage présente, de manière claire et synthétique, l'ensemble des règles applicables en la matière et intègre les textes législatifs et réglementaires les plus récents ainsi que la jurisprudence en vigueur.

Par sa présentation méthodique, accessible et dynamique, l'ouvrage est destiné à un public d'étudiants et de professionnels.

*Maryse Badel est Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de Bordeaux et spécialiste de droit de la protection sociale. Elle est membre de l'Institut du travail de Bordeaux.*

*Alexandre Charbonneau est Maître de conférences en droit privé à l'Université de Bordeaux et spécialiste en droit du travail. Il est membre de l'Institut du travail de Bordeaux.*

*Loïc Lerouge est Chargé de recherche HDR au CNRS, spécialiste en droit de la santé au travail.*